



Deutscher
Juristinnenbund
Vereinigung der Juristinnen,
Volkswirtinnen und
Betriebswirtinnen e.V.

Geschäftsstelle / Office:
Anklamer Straße 38
D-10115 Berlin
fon: ++49 - (0)30 - 443270-0
fax: ++49 - (0)30 - 443270-22
geschaeftsstelle@djb.de
<http://www-djb.de>

Stellungnahme

der Strafrechtskommission des djB zu den Entwürfen zur Reform des Sexualstrafrechts

I. „ Sozialtherapeutische Maßnahmen auf den Prüfstand stellen“ (BT-Drucks. 15/31)

Die Anfrage zielt ihrem Wortlaut nach dahin, durch Vergabe entsprechender Forschungsaufträge Erkenntnisse für die Optimierung von Behandlungsmaßnahmen von Sexualstraftätern zu erlangen. Das ist jedenfalls und dann ein unterstützenswertes Anliegen, wenn Fernziel dieser Anfrage der Ausbau sozialtherapeutischer Maßnahmen und das Ernstmachen mit Behandlung im Vollzug ist.

Es war eine nahezu utopische Idee, die vor mehr als 20 Jahren Einzug in das Strafvollzugsrecht hielt: „ Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“ (§ 2 StVollzG). Diesem Ziel der Resozialisierung dient auch die Verlegung von solchen Gefangenen, die wegen einer Sexualstraftat zu mehr als 2 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurden, in eine sozialtherapeutische Anstalt. Die Anfrage nennt den wesentlichen Erfolg, den diese Gesetzgebung für die Gesellschaft bislang hatte, selbst: Der empirische Nachweis der Wirksamkeit von sozialtherapeutischen Maßnahmen ist erbracht.

Es muss in diesem Zusammenhang aber daran erinnert werden, dass im Jahre 1969, zu Zeiten, in denen die Gesetzgebung sich noch dem Geist liberaler Rechtsstaatlichkeit verpflichtet fühlte, die Einrichtung sozialtherapeutischer Anstalten beschlossen wurde.¹ Bekanntlich wurde das Inkrafttreten der entsprechenden Regelungen immer wieder hinausgeschoben, weil ihre Realisierung den Bundesländern zu kostspielig und zu aufwändig war, bis sie im Jahre 1984 dann wieder aufgehoben wurden². An ihre

¹ Durch das 2. StrRG v. 4. 7. 1969, BGBl I, S. 717 ff wurde ein entsprechender § 65 in das StGB eingefügt.

² Durch Art. 2 StVollzÄG vom 20. 12. 1984, BGBl. I, S. 1654.

Stelle ist die („wesentlich³⁾“) „bescheidenere“⁴⁾ heutige Integration der Sozialtherapie in den Strafvollzug getreten.

Für Sexualstraftäter hat das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten⁵⁾ die Ausweitung der Begutachtung und ihre Behandlung in sozialtherapeutischen Anstalten vorgeschrieben. Auch diese auszubauen, ist mit erheblichem Aufwand für die Länder verbunden. Ich kann Ihnen deshalb nur zu dem Mut gratulieren, den Weg weiter verfolgen zu wollen. Er ist ein Teil des richtigen Weges, auch wenn er in materieller Hinsicht zunächst teurer zu sein scheint, als dumpfes Wegsperrern von straffällig gewordenen Menschen.

II. „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der Bevölkerung vor Sexualverbrechen und anderen schweren Straftaten“ (BT-Drucks. 15/29)

und

„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften“ (BT-Drucks. 15/350)

Die vorliegenden Entwürfe sollen im wesentlichen zusammen behandelt werden, denn sie sind von demselben Geist getragen. Es gibt nur zwei wesentliche Unterschiede, auf die vorab gesondert einzugehen ist: Der Entwurf der Abgeordneten Bosbach, Röttgen und weiter, sowie der CDU/CSU-Fraktion fordert die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung. Die Koalitionsfraktionen wollen als Bollwerk gegen Kindesmissbrauch alle, die Kenntnis von künftigen Taten haben, mit Strafe bedrohen, wenn sie diese nicht anzeigen oder sich zumindest ernsthaft bemühen, sie abzuwenden.

1. Nachträgliche Sicherungsverwahrung (CDU/CSU-Entwurf)

Der Vorschlag, die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zuzulassen, beruht zwar – wie die sozialtherapeutischen Maßnahmen – auf dem straftheoretischen Ansatz der Spezialprävention, allerdings in ihrer negativen Ausprägung, die der Vater des Zweckgedankens im Strafrecht, Franz von Liszt, als „Unschädlichmachung der nicht Besserungsfähigen“ bezeichnete. Die Einwände gegen diese Theorie, die sich in der Todesstrafe am vollkommensten verwirklicht hat, sind hinlänglich bekannt: Der Staat nimmt sich das Recht zu prinzipiell unbegrenzten Eingriffen, weil Tat und staatliche Reaktion nicht ins Verhältnis zu setzen sind, und das Risiko einer Fehlentscheidung des Staates trägt – bildlich gesprochen – der Hingerichtete.

Die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung würde faktisch auf ein lebenslanges Wegsperrern hinauslaufen. Das läßt sich insbesondere an Hand des vorgeschlagenen § 66a Abs. 2 CDU/CSU-Entwurf verdeutlichen: Die hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich während des Strafvollzugs „ergeben“ kann, dass der Verurteilte künftig erneut Taten, wie die zuvor aufgezählten begehen kann, begründet sich schon allein daraus, dass jemand zu vier Jahren Freiheitsstrafe – so die Voraussetzung dieses Absatzes – verurteilt wurde und diese verbüßt. Hätte man je davon gehört, dass allein die Verbüßung einer Freiheitsstrafe einen Menschen gebessert hätte? Die Rückfallzahlen sprechen dagegen. Deshalb besteht die innere Logik des Entwurfs in Folgendem: Für bessernde Behandlung fehlt das Geld. Strafe bessert nicht. Weil der Täter bestraft wurde, bleibt er gefährlich. Und weil das so praktisch ist, soll das nach dem Willen der Verfasser dieses Entwurfs keineswegs nur für Sexualstraftaten gelten, sondern auch etwa für Räuber und räuberische Erpresser.

Es ist ferner bekannt, dass dann, wenn die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung einmal angeordnet wurde, im Verfahren über ihre Fortdauer die Beweisregel „in dubio pro reo“ nicht mehr gilt. Der Täter darf nur noch entlassen werden, wenn das Gericht die Entschärfung seiner Gefährlichkeit positiv feststellen kann. Der Täter hat letztlich seine eigene Ungefährlichkeit zu beweisen. Das wird ihm in dem Verfahren, das der Entwurf vorsieht, noch weniger gelingen können, als bisher, denn er hat – wie auch sein Verteidiger – nur Frage- und Erklärungsrechte, nicht aber Antragsrechte (Art. 3 Nr. 12 des Entwurfs: § 456b Abs. 3 S. 4 StPO). Immerhin soll ihm das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zugestanden werden (§ 456b Abs. 4). Da es aufschiebende Wirkung hat und man angesichts der Schwere des Eingriffs offenbar die aufschiebende Wirkung nicht offen beseitigen mochte, hat der Entwurf ein ganz neues Instrument entwickelt: die vorläufige Sicherung der Unterbringung in der

³⁾ So noch *Lackner*, StGB 18. Aufl., 1989, vor § 63, Anm. 2.

⁴⁾ So *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl., 2001, vor § 63 Rn 2.

⁵⁾ Vom 28. 1. 1998, BGBl. I, S. 160.

Sicherungsverwahrung (§ 456b Abs. 5). Wo bleibt da das Prinzip Hoffnung, das einmal vom Bundesverfassungsgericht⁶ als Teil der Menschenwürde auch den lebenslänglich Verurteilten zugebilligt wurde?

Es geht es nicht darum, hier eine Lanze für die Straftäter zu brechen, schon gar nicht für Sexualstraftäter. Es darf aber nicht dazu kommen, dass in unserem Staat die Würde der Menschen, seien sie Täter oder Opfer, wertlos wird.

2. Die Nichtanzeige geplanter (Sexual-)Straftaten, § 138 (Koalitionsentwurf)

Dieser Vorschlag will die Nichtanzeige bevorstehender Sexualstraftaten zu einer „Straftat gegen die öffentliche Ordnung“ (so die Überschrift des 7. Abschnitts, zu dem § 138 StGB gehört) machen.

a) *Notwendigkeit der Änderung*

Das Europäische Parlament, auf dessen Entschließung sich der Koalitionsentwurf als Begründung für diesen Vorschlag beruft, hat dagegen die Kriminalisierung der Nichtanzeige im Sinne von unterlassener Hilfeleistung gefordert.

Dafür gibt es aber bereits einen Tatbestand, § 323c StGB, der sich an jeden richtet und der in Unglücksfällen oder in Fällen von gemeiner Gefahr oder Not das Unterlassen der erforderlichen und möglichen Hilfe unter Strafe stellt. Wenn eine Straftat bevorsteht oder gerade ausgeführt wird, ist das für das Opfer ein Unglücksfall oder jedenfalls Not. Hilfe ist dann erforderlich. Wer Kenntnis davon hat und Hilfe leisten kann, ist dann dazu verpflichtet. Wenn es etwa um den Missbrauch von Kindern geht, ist eine jedenfalls immer mögliche Hilfe etwa die Anzeige beim Jugendamt, deren Unterlassen also über diesen Weg schon nach geltendem Recht strafbar wäre.

Es ist eine ganz andere Frage, dass und warum Strafverfahren mit diesem Vorwurf in der Praxis so gut wie nicht vorkommen. Das gilt auch für entsprechende Verfahren gegen Mitarbeiter/innen des Jugendamtes selbst, wenn diese trotz Anzeige untätig bleiben. Die vorgeschlagene Änderung des § 138 StGB liefe in diesen Fällen völlig ins Leere, weil die die bevorstehenden Taten ja bereits angezeigt sind. Die Untätigkeit von Amtsträgern ließe sich insoweit – heute, wie auch nach einer Änderung des § 138 StGB wie vorgeschlagen – generell nur über den Weg eines Unterlassungsdelikts (näher dazu unten) erfassen, wie es etwa im Umweltstrafrecht bereits gängige Praxis ist, wenn die zuständigen Amtsträger es unterlassen, etwa gegen Straftaten nach § 324 StGB einzuschreiten. – Tatsächlich ist aus der Praxis bekannt, dass die Staatsanwaltschaften entsprechende Ermittlungsverfahren gegen das Umfeld der geschädigten und auch gegen Mitarbeiter/innen der Jugendämter deshalb nicht oder jedenfalls nicht zu Ende führen, weil die Sonderdezernate für Sexualstraftaten überlastet sind.

An dieser Praxis dürfte aber auch die vorgeschlagene Änderung des § 138 StGB nicht viel ändern können.

Nach deutschem Recht sind überdies Beteiligungen an den Sexualdelikten, und das gilt auch für den Missbrauch von Kindern⁷, möglich, und insbesondere kann etwa Beihilfe dazu auch durch Unterlassen begangen werden⁸. Jeder also, der in einer Beziehung zu Geschädigten steht, aus der heraus er oder sie für deren Wohl verantwortlich ist (sog. Garantenstellung), kann sich selbst der Beteiligung an dem Sexualdelikt schuldig machen, wenn er oder sie nicht dagegen einschreitet.

Es hätte also genügt, wenn die Bundesrepublik, vertreten durch die Bundesregierung, gegenüber dem Europäischen Parlament eine entsprechende Erklärung abgegeben hätte.

b) *Geeignetheit der beabsichtigten Änderungen*

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 138 StGB wird ihr Ziel nicht erreichen können.

aa) Erfasst werden nur *geplante* Taten und *die Ausführung* von Taten. Es geht nicht etwa um die Sicherung der immer nur nachträglich möglichen Strafverfolgung.⁹ Unter Vorhaben ist dabei jeder ernstliche Plan zu verstehen. Der Täter muss seine verbrecherische Absicht nach Person oder Tatobjekt

⁶ BVerfGE 45, 187.

⁷ Lackner/Kühl, 24. Aufl., § 176 Rn. 8.

⁸ So etwa Miebach (NStZ 1996, S. 121) für die Mutter, die gegen den Missbrauch ihrer Kinder nicht einschreitet.

⁹ Geschütztes Rechtsgut ist nach h. M. der Schutz der Rechtsgüter, die durch die anzeigepflichtigen Straftaten verletzt werden (Lackner/Kühl, 24. Aufl. Rn 1 m.w.N.), nach a. A. daneben auch die Rechtspflege (Tag JR 1995, 133).

konkretisiert und die Art seines Vorgehens zumindest in den Grundzügen bereits festgelegt haben.¹⁰ Die Ausführung der Tat beginnt mit deren Versuch und dauert bis zur Beendigung an.¹¹

bb) Davon nun müssen diejenigen, an die sich die Pflicht zur Anzeige richtet, „*glaubhaft erfahren*“ und zwar zu einem Zeitpunkt, zu der die Ausführung der Tat oder jedenfalls deren Erfolg noch abgewendet werden kann. Wie nun muss man sich die Situation vorstellen, in der jemand diese Kenntnis zu diesem relevanten Zeitpunkt besitzt?

Die Kenntnis von einer bevorstehenden oder gerade stattfindenden Sexualstraftat kann etwa daraus resultieren, dass die Mitwisser selbst beteiligt sind. Der (künftige) Straftäter und Tatbeteiligte wie etwa Gehilf/inn/en, die ihn – und sei es auch nur psychisch durch Unterlassen des Einschreitens – unterstützen, fallen aber schon nicht unter den Tatbestand. § 138 StGB läuft in diesen Fällen leer, weil das Gesetz niemanden bei Strafe zwingen kann, eigene Straftaten vor Begehung polizeilich anzumelden. § 138 StGB kann deshalb nur durch (tat-) unbeteiligte Dritte verwirklicht werden.¹²

Möglich bleibt, etwa in Fällen von Kindesmissbrauch, dass jemand Kenntnis von zurückliegenden und fortgesetzten Taten hat und deshalb auch von künftig sich wiederholenden Taten ausgeht. Missbrauch ist bekanntlich ein heimliches Delikt, zu dessen *modus operandi* es gehört, dass die Täter alles daran setzen, ihre Opfer zum Schweigen zu bringen – und manchmal sogar im finalen Sinne. Es dürfte jedenfalls bei Taten, die sich außerhalb des sozialen Nahraums abspielen, nur schwer vorstellbar sein, dass jemand vor oder bei Ausführung der Tat diese entsprechende Kenntnis hat. Von der Änderung betroffen sind deshalb primär Angehörige des Täters (oder zugleich auch der Verletzten).

cc) Welches Verhalten nun verlangt § 138 StGB denjenigen ab, die die erforderliche Kenntnis von der geplanten Tat haben? Strafbar ist die Nichtanzeige gegenüber „*der Behörde oder dem Betroffenen*“. Für eine Anzeige gegenüber dem Betroffenen dürfte es in Fällen von Kindesmissbrauch jedenfalls nicht ausreichen, das Kind selbst zu warnen. Das kann bei geplanten Vergewaltigungen erwachsener Frauen anders aussehen. Voraussetzung ist immer, dass der Bedrohte für ausreichenden Schutz (noch) Vorsorge treffen kann.

Interessanter ist die Frage, wer mit „*der Behörde*“ gemeint ist. Wenn es um Anzeigen geht, liegt die Assoziation zur Strafanzeige nahe, und damit auch die Annahme, dass zuständige Behörden nur die Polizei oder gar die Staatsanwaltschaft seien. Es ist aber seit je her und zu Recht anerkannt, dass für die Anzeige jede staatliche Dienststelle in Betracht kommt, zu deren Aufgabenkreis ein verhütendes Einschreiten gehört.¹³ Es ist also keineswegs (ausschließlich) die Polizei gemeint. Das bedeutet, dass eine Anzeige etwa beim Jugendamt, wenn es um Missbrauch von Kindern geht, ausreicht, um den Tatbestand der Nichtanzeige zu vermeiden. Ebenso genügt etwa eine Anzeige bei der für die Heimaufsicht zuständigen Behörde, wenn es um den Missbrauch einer in einem Heim lebenden, widerstandsunfähigen Person, oder gar bei der zuständigen Kirchenbehörde, wenn es um den Missbrauch von Kindern durch einen Priester geht. Ob und wie die Behörde dann daraufhin tatsächlich tätig wird, um die Straftat zu verhindern – oder auch nicht –, liegt jedenfalls strafrechtlich nicht mehr in der Verantwortung des oder der Anzeigenden.

Die Frage, ob eine Anzeige geplanter oder unmittelbar bevorstehender Sexualdelikte ein geeignetes Mittel zur Verhinderung solcher Taten ist, hängt danach (auch) davon ab, ob und inwieweit die ordnungsgemäß eingeschalteten Behörden ihrerseits überhaupt bereit oder etwa nach den Regeln kunstgerechter Sozialarbeit in der Lage sind, die Tat(en) zu verhindern. Es kann mit Blick auf die unterschiedlichen Schulen jedenfalls nicht behauptet werden, dass die Anzeige geplanter Straftaten ein mit Sicherheit geeignetes Mittel wäre, Missbrauch und andere Sexualdelikte wirksam zu bekämpfen.

dd) Für Angehörige, soweit sie nicht schon über die Konstruktion des Unterlassens zu Tatbeteiligten werden, schafft § 139 Abs. 3 Satz 1 StGB in der aktuell gültigen Fassung einen *persönlichen Strafaufhebungsgrund*.

Voraussetzung für die Straflosigkeit der Nichtanzeige eines Angehörigen, also beispielsweise der Mutter eines missbrauchten Kindes, ist das ernsthafte Bemühen, den Angehörigen, also beispielsweise ihren Ehemann und Stiefvater des Kindes, von der Tat abzuhalten oder den Erfolg der Tat abzuwenden. Aus § 139 Abs. 4 StGB ergibt sich im Umkehrschluss, dass dieses Bemühen nicht objektiv erfolgreich sein muss; die Straflosigkeit nach § 138 StGB hängt also nicht davon ab, dass die Tat tatsächlich verhindert wurde.

¹⁰ Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 138 Rn. 4.

¹¹ Lackner/Kühl, 24. Aufl., § 138 Rn 2.

¹² Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 138 Rn. 20 m. w. N.

¹³ Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 138 Rn. 13 m. w. N.

Es ist unter ernsthaftem Bemühen vielmehr (nur) das Ausschöpfen aller Verhinderungsmöglichkeiten zu verstehen, die der Täter (sc. des § 138 StGB) kennt.¹⁴

Was verlangt nun das Gesetz damit von der Mutter des missbrauchten Kindes, die zugleich die Ehefrau des missbrauchenden Stiefvaters ist? Verlangt es von ihr, dass sie mitsamt dem Kind flieht und sich womöglich bis zu dessen Volljährigkeit für den Missbraucher unerreichbar hält? Reicht es aus, wenn sie ihn regelmäßig anfleht, er möge aufhören? Muss sie das Kind permanent im Blick behalten? – Das Gesetz ist insoweit alles andere als bestimmt.

Das gilt auch für den Täter, der sich auf allerlei Unbill aus verschiedenen Richtungen einstellen muss – wie es bisher schon immer der Fall war. Wenn Strafrecht wirklich so etwas wie bewusstseinsbildende Kraft hätte, und alle Bürgerinnen und Bürger auch bei längst heiß gelaufenem Gesetzgebungsapparat noch bereit wären, Gesetzesänderungen überhaupt zur Kenntnis, geschweige denn ernst zu nehmen, dann würde mit der vorgeschlagenen Änderung der §§ 138 und 139 StGB nur ein zusätzliches Signal an den Täter gesetzt, die Heimlichkeit seiner Tat noch besser abzusichern als bisher.

Die vorgeschlagene Neufassung würde also im Ergebnis auf eine Wiederbelebung des Gedankens der Sippenhaft hinauslaufen und würde das ist der eigentliche Einwand – in diese Haftung ausgerechnet das Opfer einbeziehen.

c) *Verletzung der Handwerkskunst*

Unter denselben Voraussetzungen sollen auch Mitglieder beratender oder helfender Berufe nicht zur Anzeige verpflichtet, hier: gerechtfertigt, sein.

Es scheint inzwischen Schule zu machen, dass man die sogenannten „Berufshelfer“ vergisst.¹⁵ Die vorgeschlagene Fassung des § 139 Abs. 3 S. 2 StGB jedenfalls hätte, um es einmal an einem anderen Beispiel festzumachen, folgende Konsequenz:

Eine Frau, die zur Prostitution gezwungen und dabei regelmäßig – meistens montags – vergewaltigt wird, begibt sich mit ihren Verletzungen zu einer Ärztin. Diese sieht sich an ihre Schweigepflicht gebunden und erstattet – auch auf Wunsch der Patientin – keine Anzeige. Einen etwaigen Polizeieinsatz sehen beide als deutlich (lebens-) gefährlicher an. Statt dessen bemüht sich die Ärztin (ernsthaft) die Gefahr dadurch abzuwenden, dass sie ihre Patientin mit der örtlichen Hurenselbsthilfegruppe in Kontakt bringt, die möglicherweise Hilfe zur Selbsthilfe bieten kann. Leider übersieht die Ärztin dabei – genau so wie der Gesetzgeber –, dass ihr eine medizinisch-technische Assistentin bei der Aufnahme der Fotos von den Verletzungen behilflich war und außerdem den gesamten, ihr diktierten Untersuchungsbefund im Klartext zur Kenntnis genommen hat. Diese Assistentin nun müsste nach dem Willen der Koalitionsfraktionen künftig Anzeige erstatten, sei es bei der Polizei, bei der Ärztekammer oder gar bei der Staatsanwaltschaft, auch wenn ihre Arbeitgeberin (die Ärztin) und die Patientin eine andere Strategie verabredet haben, die auf ein ernsthaftes Bemühen der Tatvermeidung hinausläuft.

Die Ausklammerung der sogenannten Berufshelfer ist einfach ein handwerklicher Fehler.

d) *Gegenläufige Neben effekte der vorgeschlagenen Regelung*

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist die Regelung insgesamt dazu angetan, akute Situationen etwa für betroffene Kinder eher zu verschärfen, als zu verhindern. Nicht nur der Geheimhaltungsdruck wird steigen; es steht auch zu befürchten, dass die Bereitschaft, Kindern zuzuhören, die sich offenbaren wollen, eher abnimmt. Schon jetzt müssen betroffene Kinder nach den Ergebnissen einer Studie¹⁶ im Durchschnitt 7 Erwachsene ansprechen, bevor einer Hilfe leistet oder in sonstiger Weise aktiv wird. Künftig kann schon das Hinhören oder genaueres Hinsehen die Gefahr strafrechtlicher Ahndung auslösen. Denn selbst, wenn das Kind sich nur dadurch psychische Entlastung verschaffen will, dass es über seine Erfahrungen spricht, aber keinesfalls ein Einschreiten will, müßte eine Vertrauensperson, die nicht zugleich Angehörige ist, beim Jugendamt Anzeige erstatten. Folge wäre ein (weiterer) Vertrauensbruch, der den Auftakt zur sogenannten sekundären Viktimisierung bildet.

Insoweit schafft auch der vorgeschlagene neue Absatz 5 des § 139 keine Abhilfe. Zwar lesen sich dessen Voraussetzungen ähnlich wie die des Absatz 3: auch hier muss die zur Anzeige verpflichtete Person sich „ernsthaft bemüht“ haben, die Ausführung oder den Erfolg der Tat anders als durch Anzeige abzuwenden; die Rechtsfolge ist aber nicht automatisch Strafflosigkeit oder gar Rechtfertigung. Vielmehr

¹⁴ Lackner/Kühl, § 24 Rn.20.

¹⁵ So etwa in § 100h Abs. 2 stopp.

¹⁶ Kirchhof, Sexueller Missbrauch vor Gericht, 1996.

handelt es sich um eine Ermächtigung des Gerichts, von Strafe abzusehen, d. h. es muss erst einmal zu einem Verfahren kommen. Ein solches Verfahren muss allerdings nicht notwendig bis ins Stadium der Hauptverhandlung fortschreiten, denn § 153b StPO läßt in Fällen, in denen das Gericht von Strafe absehen kann, bereits die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft zu. Das ändert aber nichts daran, dass es jederzeit zu einem Ermittlungsverfahren gegen die Vertrauensperson kommen kann und diese deshalb jederzeit damit rechnen muss.

Fazit:

Die vorgeschlagene Vorschrift ist einerseits ein zahnloser Tiger, der klassische Fall symbolischer Gesetzgebung also, andererseits aber geeignet, die Nötigungssituation oder das persönliche Dilemma der potentiellen Opfer noch zu verschärfen.

2. Stellungnahme zu einzelnen Regelungsvorschlägen

a) Strafraumen

Insgesamt ist der Entwurf der Koalitionsfraktionen, was die Sanktionen angeht, in sich stimmiger.

aa) Das beruht vor allem darauf, dass in diesem Entwurf die unbenannten Strafmilderungsgründe, also Regelungen, die nur ganz allgemein für einen „*minder schweren Fall*“ den Strafraumen senken, weitgehend beseitigt werden.

Solche unbenannten Strafmilderungsgründe sind vor allem im Sexualstrafrecht Einfallstore für opferbeschuldigende Verfahrensstrategien des Beschuldigten. Auch Verteidiger sind unter Umständen verpflichtet, solche Ansätze zugunsten ihres Mandanten im Prozess zu verfolgen.

Allerdings könnte die Strafdrohung für eine spezifische Fallgestaltung problematisch werden, wenn es keine Milderungsmöglichkeit gibt. Bislang sollte etwa ein minder schwerer Fall des § 176 dann vorliegen, wenn ein jugendlicher Täter mit einem älteren Kind von etwa 13 Jahren eine sexuelle Beziehung im Rahmen einer Liebesbeziehung unterhält. Diese Fälle sind zwar nach § 138 Abs. 1 Satz 2 des Koalitionsentwurfs von der Anzeigepflicht ausgenommen, sind für den Täter aber gleichwohl nach § 176 StGB strafbar. Abgesehen davon, dass dies in sich nicht stimmig ist, müsste man, wenn der Koalitionsentwurf Gesetz würde, darauf vertrauen, dass Jugendgerichte der minderen Schwere der Schuld durch großzügige Anwendung der Diversionsregeln des Jugendgerichtsgesetz Rechnung tragen.

bb) Ein weiterer Punkt ist befremdlich. Es ist (seit der letzten Änderung des § 176a StGB) ein Novum im materiellen Strafrecht, dass ein *Rückfall* nach Verurteilung innerhalb eines bestimmten Zeitraums einen Qualifikationsgrund bildet (§ 176a Abs. 1 Nr. 4 StGB). Nun soll der Rückfall gar als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall herangezogen wird, wie es in § 176 Abs. 3 des Koalitionsentwurfs vorgeschlagen wird.

Der besonders schwere Fall einer Straftat kann sinnvollerweise nur in Umständen begründet sein, die eben diese Straftat selbst kennzeichnen. Dass ein Täter wegen einer Straftat nach demselben Gesetz bereits früher einmal *verurteilt* wurde, ist kein solcher Umstand.

Wohl aber kennt das System des Strafrechts die „wiederholte“ oder „beharrliche“ Gesetzesverletzung als einen Umstand, der etwa die Hochstufung des Unrechts einer Ordnungswidrigkeit zur Straftat begründen kann. Das ist insofern legitim, als der Täter durch seine wiederholte oder andauernde *Verletzung* einer Norm deutlich macht, dass er durch den Normappell nicht erreichbar ist und deshalb einem erhöhten Schuldvorwurf ausgesetzt ist. Versteht man das Regelbeispiel also so, dass es die wiederholte Gesetzesverletzung ist, die den schweren Fall begründet, dann ließe sich das rechtfertigen. Allerdings würde eine solche Regelung zu Ungleichbehandlungen gleichartiger Fälle führen, wenn nicht an die Vortat, also die Serienartigkeit der Taten, sondern an die Verurteilung angeknüpft wird. Ein Täter, der vielfach und über einen längeren Zeitraum ein Kind sexuell missbraucht, würde, allein weil diese Taten in nur einem Verfahren abgeurteilt würden, keinen besonders schweren Fall des Missbrauchs begangen haben. Umgekehrt müsste z. B. ein besonders schwerer Fall angenommen werden, wenn ein Täter wegen einer einmaligen (geringfügigen) Verfehlung verurteilt wurde und dann etwa trotz Therapie nur ein weiteres Mal (ebenfalls mit einer eher geringfügigen Tat) rückfällig wird. Hinter diesem Regelbeispiel dürfte die – gewiss nicht ganz unzutreffende – Vorstellung stehen, dass Pädophilie nur schwer therapierbar ist und ein Delikt, das auffällt, deshalb als Indiz für ein größeres persönliches Dunkelfeld

angesehen werden kann. Mit anderen Worten: hier wird ein überschießender Verdacht erschwerend berücksichtigt.

In der Praxis wird der heutige § 176a Abs. 1 Nr. 4 StGB, dem das Regelbeispiel nachgebildet ist, freilich insofern als „praktisch“ empfunden, als der Verbrechenscharakter der Rückfalltat verhindert, dass solche Taten etwa durch Verfahrenseinstellung oder Täter-Opfer-Ausgleich „bagatellisiert“ werden. Ferner lässt sich schon bei der ersten Verurteilung auf die Folgen eines Rückfalls hinweisen, so dass eine höhere Präventionswirkung angenommen werden kann.

Es wäre aber ehrlicher und angemessener, nach einer Neuregelung für die wiederholte Begehung solcher Taten zu suchen, die nicht an die Zäsur einer Verurteilung anknüpft, sondern zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zugleich das ungelöste Problem der *fortgesetzten Tat* lösen sollte. Der (förmliche) Rückfall ist dazu ungeeignet. Langjähriger, wiederholter Missbrauch ist regelmäßig nur Gegenstand eines einzigen Verfahrens, das überdies besondere Schwierigkeiten aufwirft. Der Vorwurf aller Einzeltaten lässt sich im Nachhinein zumeist nach Zeit, Ort und Art der Begehung nicht mehr hinreichend konkretisieren und aufgrund fehlender Detaillierung der Beteiligten auch im Hauptverfahren oft nicht mehr zuverlässig nachweisen. Gestaltet man generell die wiederholte Begehung (oder die beharrliche Verletzung einer strafrechtlichen Norm) im Bereich des Missbrauchs von Kindern als schuldsteigernd und damit als Straferschwerungsgrund aus, würde es ausreichen, wenn einige hervorgehobene Einzelfälle (etwa der erste Fall des Missbrauchs oder der eine oder andere Fall, an den sich Verletzte oft noch genau erinnern können) nachgewiesen sind und im übrigen nur die Tatsache *dass* weitere Fälle vorgekommen sind bewiesen wird, die sich unter den Begriff „wiederholter“ oder „beharrlicher“ Begehung subsumieren lassen, ohne dass diese im Einzelnen konkretisiert werden müssten.

Gleiches gilt für den analog formulierten Vorschlag für einen neuen Absatz 3 in § 179.

b) DNA-Identitätsfeststellung

Die Erweiterung der Möglichkeiten zur DNA-Identitätsfeststellung passt sich zwanglos in den aktuellen Trend der Gesetzgebung ein, den sogenannten gläsernen Menschen herzustellen. Es ist inzwischen hoffnungslos geworden, diesen Trend wieder umzukehren. Von daher lassen die vorliegenden Entwürfe nur die Wahl zwischen einem größeren und einem kleineren Übel. Das kleinere Übel ist der Vorschlag des Koalitionsentwurfs.

Allerdings wird die ganze Regelungssystematik noch immer von einem Fehler in Mitleidenschaft gezogen, der den Verfassern des DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes von 1998 unterlaufen ist, die es verabsäumt haben, die Einzelvorschriften in die StPO zu integrieren. Die Regelungen sind unübersichtlich und in sich widersprüchlich. Beispielsweise weist der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion zu Recht darauf hin, dass für eine der Regelungen des DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes (§ 2a) das dort aufgeführte Verfalldatum (30. 6. 2001) bereits überschritten ist. Ich rege an, diesen Komplex insgesamt neu zu regeln, die Regeln in die Strafprozessordnung zu integrieren und das DNA-Identitätsfeststellungsg als solches vollständig aufzuheben.

Berlin, den 24. März 2003

Margret Diwell
Präsidentin

Prof. Dr. Ursula Nelles
Komm. Vorsitzende der Kommission Strafrecht